

1997

MORALNA TRIPARTICIJA I PRIRODNO PRAVO

Uvodna usmena reč koju je Autor održao na Jedanaestom susretu Kopaoničke škole prirodnog prava koja je bila posvećena temi »PRAVO I STVARNOST« u okviru stalnog naslova škole »Pravda i pravo« koja je održana 13–17. decembra 1997. godine.

Na ovom simpozijumu podneseno je 327 referata raspoređenih u 6 tematskih oblasti (katedri) Heksagona prirodnog prava: I. *Pravo na život* (život, zdravlje, ekologija); II. *Pravo na slobodu* (zakonske determinante lišenja slobode, sloboda ličnosti, upravno-pravna zaštita slobode); III. *Pravo na imovinu* (svojina, denacionalizacija i privatizacija, porezi, nepokretnosti, ugovor, šteta, bankarski poslovi, privredna društva, privredni ugovori, osiguranje, radni odnosi); IV. *Pravo na intelektualnu tvorevinu*; V. *Pravo na pravdu* (opšte značenje, sud u koneksitetu pravde – ustavno sudstvo, sudska praksa i uloga suda, arbitraže, međunarodni odnosi i pravda – elementi inostranosti, pravo Evropske Unije); VI. *Pravo na pravnu državu*.

Tekst ove usmene reči zabeležen je audio-tehnikom i kasnije autorizovan (sa označenjem međunaslova) i publikovan u časopisu »Pravni život« br. 1–2 iz 1998, pod naslovom »Kultura zakonitosti i prirodno pravo«.

*Poštovane Kolege,
Članovi najšire jurističke porodice,
Članovi parentele pravničkog znanja i savesti,
Nosioi trajne inspiracije prava koja je iskazana drevnim
rečima ius est ars boni et aequi,
Pobornici i pripadnici prava kao pravde, a ne prava
kao nasilja,
Odazvanici pravednog prava,
Cenjeni i uvaženi gosti koji dolazite sa različitih
meridijana na ovaj zajednički vrh prirode,
Dame i Gospodo,*

Ako je pravo u svom prvobitnom izvoru, nošeno principom od-
mazde, naređivalo – *učini zlo*;

Ako je pravo sledeće epohe, vođeno principom hrišćanske civi-
lizacije, naređivalo – *ne učini zlo*;

Onda pravo našeg vremena, nadahnuto autoritetom uma pri-
rodnog prava, danas kodifikovano u međunarodne standarde ljudskih
prava, čini začetak treće epohe koja naređuje – *učini dobro*.

Te sintagme: učini zlo, ne učini zlo, učini dobro – tri su stupnja
opšte kulture, tri su stupnja kulture prava i njegove zakonitosti. One
grade moralnu triparticiju prava.

Determinante kulture prava

Svako pozitivno pravo, kao empirijska stvarnost i relativna datost, predstavlja izraz presudnih determinanti koje dolaze iz metajuriističkih područja.

Stepen filozofske prosvjećenosti, moralna zasnovanost, ekonomska konstitucija, politička emancipacija, tradicija opštih pravila ponašanja, tehnička civilizacija – određuju put i svrhu pravnog poretka svake prosvječene zajednice.

Sve te determinante slivaju se u jednu sintezu, čine »istorijsku nužnost« određene društvene i državne asocijacije. I po tome: fenomen prava nosi onaj legitimitet i legalitet koji odgovara konkretnom stupnju opšte kulture.

Dva svojstva prava

Taj fenomen prava, mi to u ovoj Školi dobro znamo, uvek je sastavljen iz dva osnovna svojstva: transcendentnog i imanentnog. Prvo svojstvo je apriorno, univerzalno i apsolutno, a drugo je posteriorno, empirijsko i relativno.

Empirijsko svojstvo često je i nacionalno, dakle, ograničeno i nestalno. Ono, celom pravu, često daje ton podnošljivo nepravednog ili nepodnošljivo nepravednog prava. Naprotiv, transcendentno svojstvo prava, kao misleća priroda čoveka, uvek je i nadnacionalno, dakle, univerzalno i pravedno po sebi.

U spoljnjem svetu, pravo se nikada ne predstavlja samo jednim svojstvom, transcendentnim ili empirijskim. Kompozicija oba svojstva čini i temelj i fasadu pozitivnog prava. Taj dualitet prirodnog i pozitivnog prava, čitav je horizont na kome se odigrava i evolucija i revolucija prava.

Umna i fizička priroda, individualna i zajednička, određuje hoće li prirodno pravo u transcendenciji čiste misli, biti udaljeno od pozitivnog prava ili će mu biti približeno i u mnogim ustanovama sa svim prisutno.

Umna priroda, racionalna u svom biću, gradi evoluciju prava, dok ona druga, fizička i nasilna, izvodi revoluciju prava. Kada se pozi-

tivno pravo vodi autoritetom uma prirodnog prava, onda se evolutivnim društvenim preobražajem pozitivno pravo približava svojoj prirodnoj matici.

Naprotiv, ukoliko je fizička priroda čoveka vođena nekim drugim umom ili antiumom, onda se pozitivno pravo udaljava od svoje stožerne vrline i odlazi u krizu koja se može završiti krajem i pustošem neprava. Sve dosadašnje evolucije i revolucije prava stoje kao svedočanstva ove konstatacije.

U ovoj Školi, na poslednja dva ili tri decembarska susreta, bliže smo se upoznali sa ova dva svojstva prava i to su za nas već pređene stranice, pa se neću dalje zadržavati na tom pitanju.

Govorili smo, takođe, i o stoletnoj evoluciji ideje prirodnog prava – od Aristotela i pre njega, od Platona i grčkih sofista, pa preko stoičke škole koja je snažno blistala u starom Rimu (Seneka) i srednjovekovne civilizacije (Toma Akvinski), a onda snažni impuls – Hugo Grocijus, Tomas Hobs, Džon Lok, Pufendorf, Tomazijus, Volf, Monteskije, Arens i Dekart, sve do Kanta, Fihtea i Hegela, i sve do savremenih kodifikacija ljudskih prava u okviru delatnosti OUN i drugih međunarodnih organizacija.

Pošto je to, za ovu Školu danas, apsolvirano gradivo, neću više, u ovom uvodnom izlaganju, nijednu reč tome da posvetim. Hoću, dakle, o nečem drugom da govorim.

I zato, hoću danas da krenem od našeg prošlogodišnjeg (i ne samo prošlogodišnjeg) zaključka: ako hoćemo da nam pozitivno pravo bude ljudsko, pravedno i sigurno, naše zajedničko delo mora biti inspirisano i vođeno racionalnom (umnom) snagom prirodnog prava.

Kopaonički heksagon

Sa tom inspiracijom, i u toj dužnosti, već jedanaest godina obitava Kopaonička škola prirodnog prava.

Ona okuplja hiljade pravnika iz različitih delova sveta, gradeći svoju biblioteku koja sa ovom godinom prelazi broj od trideset toмова, od kojih je, naročito poslednjih godina, svaki tom od hiljadu, a nekad i znatno više, štampanih stranica.

Ove godine četiri toma, sa ukupno pet hiljada stranica i 342 referata, napisa ili spisa. Sve to, nažalost, nije prevedeno na strane jezike, ali nadamo se, da se nešto i u tom pogledu može učiniti.

Simbolično, ova Škola sa jednog vrha prirode, a pod svodom univerzalne Deklaracije i kategorije ljudskih prava i filozofije prirodnog prava, postavlja i snagom jurističkog uma ispunjava svoj Heksagon, kao most koji spaja razdvojene civilizacije.

Šest stubova toga mosta dobro su nam poznati: život, sloboda, svojina, intelektualna tvorevina, pravda i pravna država.

Sa stanovišta prirodnog prava, a to znači i sa stanovišta ove Škole, nijedan pravni sistem nije »ostrvo« za sebe i nijedan pravni sistem nije sam po sebi (i za sebe) dovoljna celina.

Jer, »moreuzi« koji ih razdvajaju pripadaju istom univerzumu ljudskih bića koja se rađaju slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima.

I zato, nepravedno pravo u bilo kom delu ovoga sveta, nepravedno je za sve nas, jer smo obuhvaćeni čovečanstvom. Takvom nepravednom pravu možda samo trenutno izmičemo, zahvaljujući državnim granicama i lokalitetu pravnog poretka.

I kao što je Paskal bio budućnost Dekartova, a Kant budućnost Aristotelova, tako je i naša Škola budućnost Sofoklova, a njegova Antigona daleka je preteča ljudskih (prirodnih) prava, danas organizovanih u velikim dokumentima Ujedinjenih nacija i drugih međunarodnih organizacija.

Međunarodni standardi

Kada je reč o tim dokumentima, pre svih i iznad svih, to je Opšta deklaracija o pravima čoveka iz 1948. godine. Ona predstavlja do sada najpotpuniju kodifikaciju prirodnih prava koja je učinjena u kulturnoj istoriji. Može se reći »ljudska prava« ili »prava čoveka«, a za one učesnike koji nisu bili prošle godine (1996) na našoj Desetoj jubilarnoj sesiji, sada ponavljam, da u suštini ne pravim razliku između ljudskih prava, prava čoveka i prirodnog prava koje, kao genusni pojam, za sobom ima evoluciju filozofije prirodnog prava od antike do danas.

Po broju i sadržini prava čoveka, ova Deklaracija predstavlja pravu riznicu ovih prava, koja su u prošlosti bila sadržana u poveljama i deklaracijama različitih naroda ili u misaonim opusima značajnih filozofa.

Ova deklaracija je ta prava, ne samo kodifikovala, već ih je i proširila, dodajući klasičnim »političkim i građanskim pravima« još i kategoriju »ekonomskih i socijalnih prava«. O tome, bilo je reči na našoj prošlogodišnjoj sesiji pod naslovom »*Prolongatio iuris naturalis*« i zato danas o tome neću govoriti.

Ponoviću, da Deklaracija svojom osnovnom i uvodnom odredbom prihvata racionalnu koncepciju prirodnog prava i na njoj gradi zdanje ljudskih prava. To su dobro poznate reči: sva ljudska bića rađaju se slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima; ona su obdarena razumom i svešću i treba jedni prema drugima da postupaju u duhu bratstva. Svako ima pravo na život, slobodu i bezbednost ličnosti.

Univerzalna deklaracija o pravima čoveka iz 1948. godine, to stablo kodifikovanog prirodnog prava (ljudskih prava), razgranaće se širom naše planete, tako da su usledili regionalni akti kao što su: Američka konvencija o ljudskim pravima (1969), Afrička povelja o pravima čoveka (1981), i za nas značajna Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (1953).

Proces zaštite ljudskih prava u Evropi se razvijao na osnovu Evropske konvencije i tu se kao značajni dokumenti pojavljuju: konferencija o evropskoj saradnji i bezbednosti sa završnim dokumentima u Helsinkiju (1975), Madridu (1980), Beču (1986), a zatim, u Kopenhagenu (1990), Pariska povelja (1991), konferencija o ljudskoj dimenziji u Moskvi (1991), kao i mnogi drugi dokumenti specijalizovani za određenu materiju.

Zajednički imenitelj

Neću se dalje zadržavati na toj faktografiji i hronologiji koju smo analizirali na ranijim sesijama naše Škole, ali hoću samo da još jedanput podvučem sledeće: u svim ovim dokumentima (naročito Dokument sa drugog sastanka konferencije o ljudskoj dimenziji KEBS, Kopenhagen, 1990), vladavina zakona ne znači samo formal-

nu zakonitost kojom se obezbeđuju regularnost i doslednost u ostvarivanju i funkcionisanju demokratskog poretka, već, pre svega, pravdu koja se zasniva na priznavanju i potpunom prihvatanju egzaltacije čovekove ličnosti kao najviše vrednosti i koju garantuju institucije koje pružaju okvir za njeno najpotpunije izražavanje.

Kriterijum ove pravde, kao antičke formule sredine u smislu komutativne i distributivne pravde, nalazi se u samom temelju svih dokumenata koji danas predstavljaju međunarodne standarde individualnog i zajedničkog ponašanja.

Komutativna i distributivna pravda, svaka za sebe, čini zaseban filozofski pojam i posebnu logičku celinu. Međutim, kada se ove zasebnosti stave u funkciju prakse, one moraju biti komplementarne i delovati u obliku sinteze i simbioze.

Ceo pravnički svet je tu da nam posvedoči ovu konstataciju. I mi smo ovde na decembarskim susretima naše Škole o tome govorili, pisali, zaključivali i poručivali. Budućnost će pokazati osnovanost i sudbinu naših poruka.

Nasilje ili pravda

Ali, iz celog tog konteksta, za trenutak, hoću da se zadržim na jednom pitanju koje predsedava svim pitanjima: pravo kao nasilje ili pravo kao pravda; ili drugim rečima, koji su atributi teorijskog koncepta pravednog prava odnosno dozvoljene količine nepravde u jednom zakonodavstvu; ili još konkretnije, pokornost nepravednom zakonu ili odziv pravdi i svojoj savesti.

Pitanje staro, prastaro, pitanje Sokratovo, a s njim i jedna inverzija: Sokrat je pred sudom istorije prošao mnogo bolje nego pred sudom atinske demokratije. Taj sud istorije koji mu je dao za pravo, koji je blagonaklon prema njegovom delu jer je žrtvovao svoj život za odbranu svoje misli, taj sud istorije, i pored toga, nije na opšti način stavio individualnu volju iznad zakona zajednice. Taj sud se rukovodio jednim racionalnim momentom: pravna i socijalna sigurnost, kao deo opšte pravde nalažu da se zakoni imaju poštovati, pa čak i u slučaju podnošljive nepravde; ali ako su nepodnošljivo nepravedni, o tome sledi dalje izlaganje.

Dva opusa

U tom smislu želeo bih da vam približim dva značajna filozofa Prava i Pravde koji su živeli u različitim decenijama našeg veka. Nadam se, da se neću ogrešiti o toliko drugih, ali za potrebe ove uvodne reči opredelio sam se za ova dva autora, upravo s toga što njihova dela reprezentuju misao koju hoću da podvučem, a koja se odnosi na pitanje pravednih i nepravednih zakona.

Prvi je Gustav Radbruch (1878–1949), profesor Univerziteta u Hajdelbergu, koji je imao priliku, ili bolje reći, nepriliku, da vidi na delu nepodnošljivo nepravedne zakone iz perioda Drugog svetskog rata i koji je postavio onu veliku sintagmu o »zakonskom nepravu i nadzakonskom pravu«, koja ulazi u tekovine pravne i moralne civilizacije. Drugi autor je Džon Rouls, profesor Harvarda, koji je, nešto oko tri decenije kasnije, dakle, u drugačijim istorijskim uslovima, imao pred očima u velikoj meri kodifikovana ljudska prava od strane Ujedinjenih nacija, i koji je isti problem video optikom svoga dela »Teorija pravde« (1971), delo koje se ne može zaobići u literaturi prava i pravde, i koje i danas izaziva značajnu pažnju i argumentovane komentare.

Gustav Radbruch

Svojim filozofskim opusom Gustav Radbruch je visoko digao glas protiv nepodnošljivo nepravednog pozitivnog prava, a u korist univerzalnih načela prirodnog prava.

On je, već u »prvom minutu« svoje filozofije prava (delo »Pet minuta filozofije prava« koje je javnosti bilo saopšteno 1945. godine) postavio temelje filozofiji »Zakonskog nepravda i nadzakonskog prava« (delo koje je saopšteno javnosti 1946. godine).

Na tom mestu, on će reći: zapovest je zapovest, to važi za vojnika; zakon je zakon, to kaže pravnik. Ali, dok za vojnika prestaje dužnost i poslušnost kada on zna da je svrha zapovesti neki zločin ili neki prekršaj, dotle pravnik, u odsustvu prirodnog prava, ne zna za takve izuzetke. Za njega, zakon važi zato što je zakon i pravnik ga sprovodi zato što zakon poseduje prinudnu moć ostvarenja.

Takvo shvatanje zakona i njegovog važenja Radbruch naziva pozitivističkim učenjem. Takvo učenje, po Radbruhu, obezoružalo je pravnike kao i narod pred još toliko samovoljnim, još toliko surovim, još toliko zločinačkim zakonima. Ono u krajnjoj liniji izjednačuje pravo i silu, pa sledstveno tome, tamo gde je sila tu je i pravo.

Zato već u »trećem minutu« Radbruch proklamuje pravo kao volju za pravdom, i to onom pravdom koju je Aristotel video kao proporciju komutativne i distributivne, a o kojoj je već detaljno bilo reči na sesijama naše Škole.

Otuda, za Radbruha, pravda znači suditi jednako u jednakim slučajevima, meriti sve istim merilom. Naprotiv, kad se ubijanje političkih protivnika slavi, kad se naređuje ubijanje ljudi neke druge rase, a to isto delo, počinjeno nad vlastitim istomišljenicima kažnjava naj-surovijim, u najvišem stepenu ponižavajućim kaznama, onda to nije ni pravda ni pravo.

Kad zakoni svesno opovrgavaju volju za pravdom, kad se npr. ljudska prava samovoljno odobravaju i odriču ljudima, onda ti zakoni nemaju važenja, onda im narod ne duguje poslušnost, onda i pravnici moraju naći hrabrosti da im poreknu karakter prava.

Međutim, ono što će za nas, na ovoj sesiji Škole, biti od osobite važnosti, to je Radbruchova skala o važenju i poštovanju zakona sa stanovišta količine pravde odnosno nepravde koju poseduje jedan zakon.

Po njemu, razume se, ima zakona koji odgovaraju pravdi. Ali, ima i onih koji su sadržinski nepravedni i nesvrshodni, i njih Radbruch naziva podnošljivo nepravednim. Tada, pozitivno pravo ima prednost, pre svega, zbog pravne sigurnosti koja čini deo opšte pravde. Međutim, ima i takvih zakona koji u tolikoj nepodnošljivoj meri protivreče pravdi, da zakon kao »neispravno pravo« mora odstupiti pred pravdom. Po Radbruhu, nemoguće je povući oštriju liniju između slučajeva zakonskog neprava i zakona koji važe uprkos neispravne sadržine, ali se najoštija granica može povući tamo: kad se čak i ne teži za pravdom, kad se jednakost, koja čini jezgro pravde, prilikom donošenja propisa pozitivnog prava svesno osporava, onda zakon nije samo »neispravno pravo«, on štaviše uopšte nema pravnu prirodu.

Razume se, da je ovde Radbruch mislio na veliki deo zakona Hitlerovog nacional-fašističkog prava koje nikad nije dospelo do stepena valjanosti važećeg prava, upravo zbog toga što je to pravo bilo apsolutno nepodnošljivo nepravedno »pravo«. Ali, to je, čini se, samo jedan istorijski primer na koji je ukazao ovaj autor, što znači da se njegova filozofija o tipologiji pravednih i nepravednih zakona može uzeti kao opšta opservacija, u čemu se i ogleda dubina i značaj ove filozofije.

Moguće opaske

Radbruchova teorija zakonskog neprava i nadzakonskog prava iskazuje, na paradigmatičan način, odnos između pozitivnog prava (često nepravednog) i prirodnog prava koje je pravedno *per se*. Zakonsko nepravo i nadzakonsko pravo – reči su koje predstavljaju jednu sintagmu, tačnije, sintezu vekovne evolucije pitanja pozitivnog prava i prirodnog prava. U tom smislu, to je jedna juristička algebra, poput Aristotelove komutativne i distributivne pravde, Kantovog kategoričkog imperativa ili apriorne formule Huga Grocijusa o pravednosti prirodnog prava. To je, dakle, jedna sinteza koja na velika vrata ulazi u civilizaciju prava i kulturu zakonitosti.

Ipak, neka mi bude dozvoljeno, da u okvirima ove uvodne reči, razmišljam i o nekim mogućim opaskama.

Pre svega, kada je reč o kriterijumu razlikovanja podnošljivo i nepodnošljivo nepravednih zakona, područje društvene tolerancije vidim kao demarkacionu liniju između rečenog stepena nepravednih zakona. Naime, svi oni zakoni koji ne ispunjavaju ni minimum društvene tolerancije pogođeni su kvalifikacijom nepodnošljivo nepravednih zakona. Granice društvene tolerancije mogu se egzaktnim putem utvrditi: stepen pravne nesigurnosti, opšte mišljenje, komparativni pregled, statistička upoređenja, javno mnjenje, ishod različitih socioloških istraživanja, istorijske granice, ustaljena pravila ponašanja i dugi slični parametri, mogu, sa velikom dozom sigurnosti ukazati da je neko zakonsko rešenje ispod područja društvene tolerancije. Tako npr. ako bi neki zakon danas ustanovio suštinsku diskriminaciju po rođenju ili ubeđenju (recimo, zabranu svim ženskim licima pravo glasa ili pravo nasleđa na ovom stepenu pravne i metappravne civilizacije),

mogao bi, primenom kriterijuma društvene tolerancije, biti označen kao nepodnošljivo nepravedan zakon.

5potpuni legitimitet u kodifikatorskim aktima međunarodne zajednice, aktima koji su u najvećem delu i opšti izvori unutrašnjeg ili regionalnog pravnog poretka prosvetljenih naroda. Na taj način, monizam nepravde jedne zakonske dogme, prevazilazi se pluralizmom njene interpretacije od strane suda. Sud tada postaje poslednja brana i odbrana, ne samo legaliteta, već i legitimiteta prava.

Džon Rouls

U nešto drugačijem možda »smirenijem« tonu, o pravdi kao osnovu prava, govori Džon Rouls u svom delu »Teorija pravde«. Po njemu, pravda je prva vrednost društvenih ustanova, kao što je istina prva vrednost misaonih sistema. Bilo koja teorija, ma koliko da je elegantna i ekonomična, mora biti odbačena ukoliko nije istinita. Isto tako, zakoni i ustanove, ma koliko delotvorni i dobro uređeni, ako nisu pravični moraju da se reformišu ili napuste. U pravednom društvu polazi se od toga da su utvrđene slobode jednakih građana.

Prava zasnovana na pravdi ne mogu biti predmet političkog pregovaranja ili računa društvenih interesa. To su aksiomi koji ostaju. Jedini razlog zbog koga možemo da prihvatimo pogrešnu teoriju jeste taj što ne znamo za bolju.

Analogno tome, nepravda se može trpeti samo onoliko koliko je to nužno da bi se izbegla još veća nepravda. Zato, javno shvatanje pravde možemo da zamislimo kao temeljnu povelju dobro uređene ljudske zajednice.

Na osnovu toga, Rousls formuliše dva načela pravde: svako lice bi trebalo da ima jednaka prava na najšire osnove slobode koje su saglasne sa istim slobodama drugih; društvene i privredne nejednakosti trebalo bi da budu tako uređene da je istovremeno razumno očekivati da će biti svakome od koristi i da pripadaju položajima i poslovima koji su otvoreni svima.

Teoriji pravde Džona Roulsa, u pogledu primene odnosno neprimene nepravednih zakona, mogle bi se, na shodan način, staviti one iste opaske koje su već pomenute kod Gustava Radbruha.

Zaključna zapažanja

Analizirajući ova dva opusa posvećena Pravu i Pravdi i uzimajući u obzir izrečene moguće opaske, zaključujemo da pozitivno pravo u odnosu na prirodno pravo može biti stavljeno u tri pozicije: prvo, pozitivno pravo je u saglasnosti ili pretežnoj saglasnosti sa načelima racionalnog prirodnog prava; drugo, ono je u podnošljivom »raskoraku« sa pomenutim načelima i kao podnošljivo nepravedno može biti primenjeno uz odgovarajuću asistenciju interpretacije; treće, ono je u apsolutnoj protivrečnosti sa tim načelima (npr. razne vrste diskriminacije po rođenju) tako da je po opštem mišljenju nepodnošljivo nepravedno.

Kriterijum ove kvalifikacije može se naći u granicama društvene tolerancije što se egzaktnim putem može utvrditi. U prva dva slučaja sud primenjuje zakon, a u trećem, putem interpretacije, držeći se tripartitne teorije (koja je ovde u ovoj Školi već detaljno obrazložena) koju ćemo u osnovnim crtama ponovo pomenuti kada budemo izlagali pitanje sudijske nezavisnosti – sud primenjuje razumno rešenje koje je primereno notornim načelima prava i pravde i koja danas nisu više nikakva apstrakcija već kodifikacija pravila međunarodne zajednice o ljudskim pravima.

Zadatak koji čeka rešenje

Vratimo se pravu međunarodne zajednice i njegovom bitnom pitanju: ostvarenje i neostvarenje proklamovanih ljudskih prava.

Ponovimo još jednom, kada je u pitanju koncept i obuhvat ljudskih prava, tačnije, legitimitet ljudskih prava, onda su od strane Ujedinjenih nacija i drugih međunarodnih organizacija učinjene takve kodifikacije ovih prava, kakvih do danas u istoriji pravne kulture nije bilo.

Množina tih prava (građanska i politička, ekonomska, socijalna i kulturna) čini kulturni integritet svakog čoveka kao dela prirode. Taj integritet koji predstavlja praktičnu sintezu filozofije pravde ne sme doživeti dekompoziciju, bez obzira na pitanje njegovog doslednog ostvarenja u raznim delovima naše planete.

Na toj ideji i na tom utvrđenju, zasnovan je i naš Heksagon koji svojom širinom obuhvata potpun traktat prirodnih prava čoveka i jednake izvorne opštosti tih prava. U konceptu ovog Heksagona nema nikakvog ranigranja na niža i više ljudska prava (tzv. generacijska podela), o čemu je više bilo reči na prošlogodišnjoj sesiji naše Škole.

Jednom rečju, izvorni legitimitet ljudskih prava, obuhvaćen pomenutim dokumentima Ujedinjenih nacija i drugih međunarodnih organizacija nosi sobom bitno pitanje ostvarenja tih prava. I to ne samo sa stanovišta prihvatanja i implementacije ljudskih prava u nacionalna zakonodavstva, već, pre svega, sa stanovišta poštovanja i ostvarenja ovih prava, čak i kada su ona postala sastavni deo unutrašnjeg pravnog poretka. Međutim, taj veličanstveni venac legitimiteta ljudskih prava teško hramlje pred legalitetom ostvarenja tih prava.

Trilogija ostvarenja ljudskih prava

Sa stanovišta našeg duhovnog ili materijalnog univerzuma, postojeće stanje u ovoj oblasti, ovlašćuje me, da utvrdim nesaglasnost između predviđenih i prihvaćenih ljudskih prava utvrđenih u međunarodnim konvencijama i deklaracijama, i fakta neostvarenja ili delimičnog ostvarenja ovih prava u mozaiku država koje čine sveopštost pravnog sistema.

Taj odnos nesrazmere između prihvaćenog i neizvršenog, danas je najslabija tačka u celom sistemu ljudskih prava. Spektar proklamovanih i ratifikovanih ljudskih prava, nosi jednu veliku antinomiju: prava prihvaćena – prava neostvarena ili nepotpuno ostvarena.

Izvor tako čist i human, u daljem toku doživljava ili sudbinu ponornice ili izgled mutne reke, a samo jedan deo uspeva da održi svežinu izvora. Razume se, to su jezičke figure, ali ja hoću da mi one posluže kao kriterijum moguće gradacije. U tom smislu, zaboravljena slika celine, nalaže mi da izložim trilogiju ljudskih prava sa stanovišta njihovog ostvarenja.

Prvo, ljudska prava doživljavaju »sudbinu ponornice« u onom delu sveta koji danas živi u ekstremnom siromaštvu i gde objektivno nije moguće ostvariti mnoga ljudska prava, pa čak ni pravo na život i

slobodu, tako da ništa nije ostalo za ostvarenje ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava.

Na osnovu jednog empirijskog istraživanja (Međunarodni monetarni fond, april 1989) jedna milijarda ljudi danas živi u uslovima apsolutne bede usled čega na našoj planeti svakodnevno umire ogroman broj ljudi i dece zbog nedostatka hrane i osnovnih higijenskih uslova za život i rad.

To je, bez sumnje, pravi atak na elementarno ljudsko dostojanstvo i fizičku egzistenciju jedne petine ili šestine stanovništva našeg sveta. Razume se, ja neću ovde ulaziti u razloge ove pojave, jer to nije svrha ove uvodne reči, ali potrebno je ovde istaći tu faktografiju radi opšteg pogleda ostvarenja odnosno neostvarenja danas proklamovanih ljudskih prava.

Reči Univerzalne deklaracije o pravima čoveka ili reči Pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, u delu sveta ekstremnog siromaštva, nisu dobile svoj odziv i opravdanje.

U ovom delu sveta, dakle, jedna humanitarna katastrofa ozbiljno pretilo katastrofom neostvarenja ljudskih prava u svakom pogledu, pa stoga uzimam slobodu da ovu pojavu nazovem »sudbinom reke ponornice« ljudskih prava.

Drugo, u značajnom delu čovečanstva koji je daleko iznad ekstremnog siromaštva i gde su ljudska prava uglavnom na papiru prihvaćena, odvija se jedan proces nepodnošljivog neostvarenja ljudskih prava. To su one države koje ne mogu poneti epitet pravnih država, ili, drugim rečima, to su nepravne države s obzirom da se načelo legitimiteta i legaliteta prava u tim državama nalazi ispod stepena društvene tolerancije. Tu drugu kategoriju država u ostvarenju ljudskih prava, nazvali smo izgledom »mutne reke« u odnosu na čistoću izvora ljudskih prava kao prirodnih prava čoveka.

To su, dakle, one države koje legalitet u ostvarenju ljudskih prava zamenjuju oportunitetom nacionalne, klasne, rasne, verske ili ideološke prirode. U suštini, njihov praktični i izvršni pravni mehanizam zasnovan je na radikalnoj i agresivnoj diskriminaciji ljudi po kriterijumu rođenja ili ubeđenja, što je u flagrantnoj suprotnosti sa načelima prirodnog prava. Sve to, u tolikoj meri, da nasilje i pravna nesigurnost postaje notorni društveni fakt koji prelazi područje opšte tolerancije.

U takvim prilikama, ostvarenje ljudskih prava u smislu komutativne i distributivne pravde, uzmiče pred silom nepravednog prava i pred faktom metaprava. Ovde, ostvarenje ljudskih prava kreće se u nedozvoljenim granicama društvene tolerancije. Niža kultura prava koja se zasniva na nasilju volje ili samovolje jednih u odnosu na druge, nije polje na kome ljudska prava doživljavaju uzdizanje do stepena potrebne egzaltacije. Razume se, ova »istorijska nužnost« nije okamenjena u večnosti, već se, shodno opštem razvoju, može očekivati da će i ove zemlje ići putem približavanja višim sferama kulture prava i pravde.

Treće, države koje su svoje pravne i društvene institucije tako konstituisale da se njihov princip legitimiteta i legaliteta prava kreće u granicama društvene tolerancije, danas, u najvećoj meri ostvaruju ljudska prava. A to je ona mera koja proizilazi iz autoriteta uma prosvetljenog zakonodavca kao ishoda opštih determinanti kulture prava. Drugim rečima, to je pravna država koja je jedino održala »svežinu izvora« u postupku ostvarenja legitimnih ljudskih prava.

Ali, idealnog ostvarenja svih ljudskih prava nema, niti ga može biti, sve dok je čovek nesavršeni deo prirode, sve dok, kako kaže Ulpianus, čovek ne sazna sve ljudske i božanske stvari, a to znači dok ne sazna prirodu u celini i svrhu svoga postojanja kao dela prirode. I zato, možemo govoriti samo o postupnosti u ostvarenju ljudskih prava, a to nije mala stvar sa stanovišta našeg života i njegove konkretne i praktične dimenzije u kontekstu izložene klasifikacije.

Polazeći, dakle, od trilogije savremenog ostvarenja ljudskih prava, kao realne slike opšte celine, može se zaključiti, da je legitimitet ljudskih prava obuhvaćen dokumentima međunarodne zajednice i zakonima nacionalnih država, daleko više uzdignut u odnosu na legalitet u primeni tih prava, koji hronično pati od slabosti različitog intenziteta zavisno od iznete tipologije.

Razume se, te »otvorene makaze« treba približavati, ali to ne može biti samo akt lepe želje, već jedan proces u kome izvanpravne determinante okupljene u sintezi opšte kulture, imaju prevashodnu ulogu i značenje. I zato, danas je dužnost svih nas, da svojim ukupnim opusom učestvujemo u procesu većeg ostvarenja ljudskih prava na svim meridijanima sveta približavajući na taj način legalitet ljudskih prava njegovom izvornom legitimitetu. Ako to ne činimo, snosićemo skupnu odgovornost pred onima koji dolaze posle nas.

Samosvesna sloboda

Bez obzira na pomenutu skalu ostvarenja ili neostvarenja ljudskih prava na različitim tačkama našeg univerzuma, zadržaćemo se još na dokumentima međunarodne zajednice koji se odnose na slobodu kao osnovnom prirodnom pravu čoveka.

Već je rečeno, da je pravo na slobodu proglašeno Univerzalnom deklaracijom o pravima čoveka i prošireno mnogim drugim pratećim dokumentima međunarodne zajednice.

Iz čitavog spektra sloboda (kretanja, misli, savesti, veroispovesti, izražavanja i udruživanja, i sl.), izdvojili smo dve: svojinsku i ugovornu slobodu.

Ali, prethodno pogledajmo kako se opšta sloboda shvata u prirodno-pravnom smislu.

U smislu racionalne koncepcije prirodnog prava, sloboda se shvata kao samosvesna sloboda, jer polje slobode jednog titulara, ograničeno je poljem slobode drugog titulara.

Život čovekov odvija se u zajednici, a robinzonski princip nije pravilo života. Otuda, svaki čovek po prirodnom zakonu ima pravo da živi u zajednici. To je posledica njegovog socijalnog nagona koji proizilazi iz njegovog biološkog svojstva.

Samim tim što živi u zajednici čovekova sloboda je ograničena slobodom drugih. Drugim rečima, postoji koegzistencija sloboda. Slobodu, dakle, treba shvatiti kao mogućnost da se čini sve ono što ne škodi drugome, a to znači da su granice vršenja prirodnih prava određene granicama tih istih prava koja poseduju drugi ljudi.

Ako zakon ova prava postavi na rečeni način, onda on predstavlja opstanak racionalne slobode kao prirodnog atributa svakog čoveka. U suprotnom, zakon bi bio izraz nasilnog akta, motivisan nekim nelegitimnim interesom (razne vrste diskriminacije), što je suprotno ideji i filozofiji prirodnog prava.

Prema tome, sfera prava je sfera slobode, ali one slobode koja je u međuzavisnom odnosu sa slobodom drugih. Pravda se ovde postiže proporcijom sloboda. Upravo takva sloboda je cilj svake pravne konstitucije zasnovane na stožernoj vrlini čoveka.

I sada dolazimo do sinteze: nema slobode pod nasiljem i nema slobode bez odgovornosti. To su dve tačke koje određuju polje slobode u njegovom racionalnom značenju. To su dva pola oko kojih se okreće ceo globus slobode.

Nasilje, kao tuđa prinudna samovolja, antipod je slobodi. Bezgranična sloboda antipod je društvenoj grupi, a ko kaže pravo, kaže društvena grupa. Nasilje kao način ophođenja (ili kao sistem vladavine) pretvara slobodu umnog čoveka u poslušnost njegove čulnosti. Naprotiv, apsolutna sloboda pretvara ga u robinzona.

Između nasilja i indeterminizma, slobodu, dakle, vidim kao potpunu egzaltaciju ličnosti, ali koja sobom nosi odgovornost prema drugim titularima slobode. Shvaćena u racionalnom smislu, sloboda je nerazdvojna od odgovornosti.

Bifurkacija slobode

Polazeći od ovih opštih atributa slobode u smislu racionalne koncepcije prirodnog prava, iz opšteg mozaika slobode, izdvojice-mo dve: svojinsku i ugovornu slobodu. Ali, ove, kao i druge slobode nema, bez odgovarajuće sudske zaštite, pa ćemo govoriti i o sudijskoj nezavisnosti bez koje nema odgovarajuće zaštite slobode. Sve to, razume se, u smislu racionalne koncepcije prirodnog prava.

Svojinska sloboda

Svojinska sloboda je deo opšte slobode kao prirodnog prava čoveka. Kao takva, svojinska sloboda deli sudbinu opšte slobode u tom smislu što je i ona samosvesna, racionalna, dakle, ograničena svojiskom slobodom drugih, bez obzira na različitost statusa svojinskih titulara.

Organizovana koegzistencija svojinske slobode, potvrđena je kao kategorija pozitivnog prava. Svojinska sloboda se, dakle, štiti normama pozitivnog prava, jer se i ona javlja samo u uslovima društvenosti. Ona uvek znači uzajamno priznavanje.

Otuda, svojinske razlike (društvene) mogu biti zasnovane i održavane samo na zajedničkoj koristi, a ne na štetu i diskriminaciju drugog. Sve što je izvan ove odredbe čini da svojinska sloboda nije više u okvirima racionalne (umne) doktrine prirodnog prava.

Razume se, prvo praktično pitanje ovde glasi: gde su granice svojinske slobode i neslobode u jednoj zajednici. Drugim rečima, koliko je stepen i područje društvene tolerancije u svojinskim razlikama i da li svojinska sloboda može ići preko onoga što je titular te slobode stvorio svojim radom.

Jedna teza, na pitanje »koliko toga je tvoje«, Prometej (Geteov junak iz grčke mitologije) odgovara »samo onaj krug koji moja delatnost ispunjava, ništa više i ništa manje od toga«.

To je ta, kao što se vidi, jedna moguća granica svojinske slobode: delatnost titulara svojine, dakle, samo ono što je svojim radom stekao, uzima se kao legitimni osnov svojinskog titulara.

Druga teza, polazi od činjenice nejednake sposobnosti ljudi da svojim radom stiču materijalna dobra, pa zaključuje (Ulpianus): »svakome treba dati ono što mu pripada – *suum quique tribuere*«.

Između ova dva stava (sopstveni rad kao svojinski osnov i svakome dati ono što mu pripada) nalazi se ceo svojinski svet, čitava evolucija i svojinska revolucija, prošlost i zbilja sadašnjosti.

Da li je, dakle, samo sopstveni rad legitiman osnov svojinskog odnosa ili to može biti i rad drugog u uslovima različitih statusa svojinskih titulara.

Postavlja se pitanje, kako u tom tesnacu između svojinske pravde i svojinske nepravde pronaći put viđenja.

Svedimo sve odgovore na dva osnovna: kolektivistička državno svojinska norma i dogma ili konkurencija sposobnosti u uslovima tržišne privrede.

Idealnu pravdu tu nije moguće postići zbog prirode čoveka kao nesavršenog bića i organizovane zajednice kojoj pripada. To nam potvrđuje istorija svojinskog pitanja.

Ali, ako se već ne može postići idealna pravda, moguće je ostvariti područje individualne i društvene tolerancije u primeni svojinske pravde i svojinske nepravde.

Imperijum ili dominijum

U tom pogledu, državno-svojinska ideološka dogma, koja državi kao titularu daje i javno-pravna i politička ovlašćenja, dakle, pravni i izvanpravni imperijum, nije iskazala istorijsko opravdanje i ona danas u svetu ustupa mesto konkurenciji sposobnosti u uslovima tržišne privrede za koju se vezuje verovanje da ona vodi u ekonomsku i političku demokratiju koja je svojstvena pravnoj državi.

S toga, potrebno je naročito podvući razliku između državne svojine u smislu javno-pravnog i političkog imperijuma (npr. feudalna i državno-socijalistička svojina) i državne svojine u smislu dominijuma, tj. kada se država kao i svaki drugi subjekt potčinjava zakonima tržišta sa svim uspesima i rizicima.

To je svojinska pozicija koja skoro da nema veze sa onom koju smo nazvali imperijumom, gde se svojina javlja samo kao sekundarna pojava, a primarna je politička vlast u svim sferama života.

Ostajući, dakle, u okvirima slobode svojinskog dominijuma, postavlja se bitno pitanje: gde su granice te slobode i koliki je stepen tolerancije u svojinskim razlikama.

Kada u jednom pravnom sistemu u kome ima više čulnosti nego umnosti, svojinska sloboda jednih naraste preko granica društvene tolerancije (egzaktno pitanje) i time ugrozi slobodu drugih u smislu nesnošljive svojinske i društvene razlike, tada i u tom stepenu svojina nije više prirodno pravo, već je plod nepravednog i nelegitimnog prava.

Tada, postavlja se ključno pitanje: revolucija ili evolucija.

Sledeći koncepciju racionalnog prirodnog prava, svako nasilje (revolucija) ovde je, po prirodi same koncepcije, apsolutno isključeno. Nasilje i revolucija je izraz čulnosti, a prirodno pravo je izraz umnosti prava.

Nepravedno pravo koje utvrđuje i odobrava nesnošljive svojinske i druge društvene razlike i koje može dovesti do konflikta, ne popravlja se nasiljem, već većim stepenom umnosti i evolutivnim merama (npr. ekonomskom i poreskom politikom) u kontekstu opšteg kulturnog razvoja.

U tom smislu, svojina jeste zajemčeno pravo, ali iz svojine proističu i obaveze i njena upotreba ne sme biti na štetu celine.

Transformacije

S obzirom na postojanje različitih svojinskih sistema u savremenom svetu, pa i onih koji zadržavaju svojinu u smislu državnog imperijuma, očigledni su procesi transformisanja takve svojine u smislu napuštanja državno svojinske dogme.

Održavanje takvog tipa svojine koji državi daje imperijum političke i svake druge vlasti, suprotno je univerzalnom konceptu ljudskih prava koji ima svoju duboku podlogu u filozofiji pravde prirodno-pravnog učenja.

Otuda, održavanje makar i jedne tačke državno-svojinskog mozaika političkog i javnopravnog imperijuma, znači zadržavanje vremena, produženje docnje u odnosu na međunarodne standarde ljudskih prava u ovom domenu.

Transformisani sistem svojinske slobode u smislu standarda međunarodne zajednice, omogućava pod jednakim uslovima, svim subjektima prava (pojedincima, njihovim asocijacijama, državi) dostupnost svojinskom statusu u uslovima legitimno organizovane i legalno sprovedene tržišne privrede. Tu su veće mogućnosti ostvarenja komutativne i distributivne pravde, kao neminovnog atributa racionalne koncepcije prirodnog prava.

U takvim uslovima, država kao ravnopravni i ničim privilegovani subjekt, može biti, kao i drugi, akter prisvajanja plodova svojine, ali i stalni nosilac rizika, ukoliko ne posluje kao *bonus pater familias*. Iskustvo je pokazalo da u takvim uslovima država nastoji da se oslobodi balasta neposrdnog učesnika tržišne privrede, pa raznim načinima prenosi svojinu na druge, što se danas u svetu naziva procesom transformacije državne svojine.

Ali, ova transformacija se suštinski razlikuje od one transformacije gde se državno-svojinski i politički imperijum pretvara u svojinski dominijum.

U uslovima konkurencije sposobnosti tržišne privrede, zakonodavstvo mora biti inspirisano umnošću distributivne i komutativne pravde, a ne čulnošću trenutnog interesa – političkog, nacionalističkog, verskog, rasnog, grupnog.

Takvo zakonodavstvo mora pratiti svačiju svojinsku slobodu, bez obzira na različitost statusa svojinskih titulara (individualitet ili

kolektivitet), kako uživanje i vršenje ove slobode ne bi ugrozilo slobodu drugih preko granice individualne i društvene tolerancije.

Intelektualne tvorevine

Najzad, kada je reč o svojinskoj slobodi, treba pomenuti da se ona odnosi i na intelektualne tvorevine. Ovde, ta sloboda znači, da svako ima pravo na zaštitu moralnih i materijalnih interesa koji proizilaze od naučnog, književnog ili umetničkog dela čiji je on tvorac, kao i iz dela iz oblasti pronalazaštva i industrijske svojine.

Ugovorna sloboda

Pored svojinske slobode, koja svog titulara učvršćuje u »stati-
ci« stečenog prava, ugovorna sloboda, kao realitet svojine, obezbeđuje svome titularu mogućnost i sigurnost koju treba da poseduje u »dina-
mici« razmene materijalnih i intelektualnih dobara. I ugovorna sloboda je deo opšte slobode kao prirodnog prava čoveka. Kao i svojinska, ona deli sudbinu opšteg pojma slobode, a to znači da je i ova sloboda samosvesna, racionalna i ograničena. Ugovorna sloboda jednog, granica je slobode drugog subjekta.

Međutim, ovde neću iznositi granice ugovorne slobode u odnosu na drugu ugovornu stranu (*inter partes*), gde postoji čitav niz pravnih sredstava kojima se ta sloboda zaštićuje, kao što je sankcija rušljivosti ugovora (*negotium claudicans*) usled zablude, prevare, prinude ili pretnje.

Naprotiv, ovde će biti reči o granicama ugovorne slobode u odnosu na opšta pravila zajednice u kojoj se javlja konkretni ugovor. Drugim rečima, dokle može ugovorna sloboda ići, a da ne ugrozi ili ne povredi opšta pravila konkretne pravno organizovane zajednice.

Javni poredak

Odmah da kažem, da su te granice na opšti način izražene ustanovom javnog poretka koji predstavlja demarkacionu liniju koja razdvaja polje dozvoljenog od polja nedozvoljenog ugovaranja. Javni po-

redak, kao izraz i pojam i kao ograničenje autonomije volje, nastao u francuskoj tradiciji (Code civil, 1804), danas je preplavio pravnički svet.

Međutim, ono što posebno hoću da naglasim, javni poredak je danas proširen i u izvesnoj meri ujednačen, upravo dejstvom pravila međunarodnih standarda o ljudskim pravima. Na taj način, ugovorna sloboda se danas sve više kreće u granicama proširenog, kodifikovanog i u dobroj meri unifikovanog pojma javnog poretka. Razume se, ova konstatacija trpi rezerve koje sam već pomenuo kod pitanja ostvarenja ljudskih prava u kontekstu iznesene trilogije država o ovom pitanju.

Da bi se ovako shvaćen pojam javnog poretka obuhvatnije obrazložio, izložiću u najkraćim crtama klasičnu teoriju o javnom poretku.

Javni poredak je pojam koji je inspirisao mnoge autore i skoro da nema poznatijeg pravnčkog dela opšteg karaktera, a da ovom pitanju nije posvećena izvesna pažnja. Ali, i pored veoma bogate doktrine, ovaj pojam je do danas ostao čuven po svojoj nepreciznosti i neuhvatljivosti. Kolika je ta, reklo bi se, misterija kojom je javni poredak obavijen, pokazuju i formule koje prerusene u stilske figure izražavaju teškoće i nedoumice. Tako, istraživati javni poredak, isto je što i hodati po živom pesku, ili ići trnovitim putem, to je jedno pravo mučenje intelekta, to je kaučuk norma, magijska reč kojom pravници označavaju različita pravila kada za njih ne mogu da nađu osnov.

Ipak, polazeći od rezultata do kojih je teorija o javnom poretku došla, ne može se reći da ima mesta pesimizmu u onoj meri u kojoj on provejava u radovima mnogih autora. Stvorena je jedna univerzalna teorija o javnom poretku, pre svega na francuskom jezičkom području, koja je osvojila pravnički svet gotovo svih zemalja. Tu teoriju bi mogli da predstavimo kroz četiri stanovišta.

Tako, pojedini autori u principu odbijaju mogućnost, pa čak i potrebu, definisanja javnog poretka, prepuštajući sudu da on prilikom konkretnog rešavanja formuliše odnosno »oseti« granice javnog poretka. Druga grupa autora, u nastojanju da otkrije elemente ovoga pojma, pruža izvesne karakteristične oznake pojma javnog poretka, ali bez pokušaja čvršćeg definisanja. Treći, opet metodom analitičkog nabranja evidentiraju zakone koji se tiču javnog poretka. Najzad, če-

tvrta grupa autora, metodom sintetičkog formulisanja pokušava da definiše javni poredak.

Ali, izlažući ovu teoriju, osećam da se pomalo približavam jednom školskom času, a ja ovde bežim od toga, jer pred sobom imam tako učeni i uvaženi auditorijum da se ne smem spustiti na neke grane azbuke prava i pravne teorije.

Otuda, evo samo konstatacije: veliki broj ispoljenih shvatanja o pojmu javnog poretka daje osnova zaključku da je reč o jednoj ustanovi društvenog i pravnog poretka koja je složenija od prostog izraza zakonskog propisa. Javni poredak je satkan od mnoštva osnovnih principa koje prihvata jedna društvena zajednica u svom trajanju.

Polazeći od toga, mogli bi reći, da je javni poredak skup principa na kojima je zasnovano postojanje i trajanje jedne pravno organizovane zajednice, a koji se ispoljavaju preko određenih društvenih normi (pravnih i moralnih) – prinudnih pravnih propisa i moralnih imperativa, koje stranke u svojim odnosima, pod pretnjom sankcije ništavosti, moraju poštovati.

Iz ovoga proizilaze sledeće osobine javnog poretka: osnovni principi na kojima je zasnovana jedna zajednica i njena pravna organizacija. To su one determinante o kojima sam već govorio na početku ove uvodne reči (filozofsko opredeljenje, moralna zasnovanost, ekonomska konstitucija, politička emancipacija); ti principi se ispoljavaju preko određenih prinudnih propisa i moralnih imperativa, što znači da su za javni poredak karakteristične imperativne norme; relativna vrednost javnog poretka, podložan je promenama, kako evoluciji pomenutih determinanti, tako još i više, revolucionarnim preobražajima društva; načelo pravne sigurnosti, kao element opšte pravde, mora biti sačuvan pred relativnošću javnog poretka i to na taj način, što će se visoki principi propustiti kroz konkretnije pravne ustanove i pravila.

Međutim, iako je javni poredak svake zemlje specifičan i karakterističan za tu zemlju, s obzirom da on izražava načela na kojima je zasnovana njena sveukupna konstitucija, ipak, javni poredak više kulture prava, danas ne može biti »ostrvo« za sebe na kome se državni lokalitet ponaša samo po svom nahodjenju, već se javni poredak sve više proširuje, pa u izvesnoj meri i unifikuje, savremenim međunarodnim

standardima izraženim kroz kodifikovano pravo Ujedinjenih nacija i drugih međunarodnih organaizacija.

To pravo je, kao što sam već istakao, ustanovljeno raznim deklaracijama, konvencijama i međunarodnim standardima kojima su obuhvaćena ljudska prava kao prirodna prava svojstvena svakom čoveku i svim narodima.

Time se čini korak ka prevazilaženju pozitivnog prava kao nacionalnog prava (dakle, i putem ustanove javnog poretka) koje je relativno, promenljivo, nestalno, a ponekad možda i nepravedno – i ulasku u široko polje prirodnog prava koje je univerzalno, stalno, nadnacionalno i pravedno *per se*. Takvo pravo danas sve više postaje sastavni deo zakonodavstva one države koja ga ratifikuje i koja takvo pravo primenjuje u okviru svog sistema. Sve to vodi zaključku da danas nema celovite ugovorne slobode bez ideje i bez primene velike kategorije ljudskih prava, koja i ovde, kao i kod svojinske slobode, čini temelj na kome se gradi jedno veliko kulturno zdanje pravničkog sveta.

Proizilazi: legitimitet u izvoru ovog prava (međunarodni standardi) i legalitet u njegovoj primeni, osnovni su stožeri danas proširenog nacionalnog javnog poretka.

Sudijska misija

Pošto smo izložili svojinsku i ugovornu slobodu, kao dve tipične opšte slobode ličnosti, kao i druga ljudska prava koja tvore legitimni titulus Prava i Pravde, ostaje nam da izložimo pitanje njihove sudske zaštite. Ove zaštite ne može biti bez ustanovljene i zajemčene sudijske nezavisnosti. Ujedno, to je treći kompleks pitanja koji čini predmet uvodne reči na Jedanaestoj sesiji naše Škole.

Sudije se izjašnjavaju o životu i slobodama, kao elementarnim prirodnim pravima ljudi, kao i o svim drugim pravima koja otuda proizilaze. Svojom stručnošću i savešću, sudije nose i donose glas zakona, ali ne po načinu pozitivističkog mehanizma i automatizma, već po neophodnosti primene i interpretacije zakona u smislu legitimne pravde.

Primena zakonske norme kojom se izriče samovolja nepodnošljive nepravde, ako već nije uklonjena umnošću zakonodavca, jedino se može sprečiti interpretacijom te norme od strane sudije (naročito teleološkim tumačenjem) u skladu sa visokim načelima prirodnih odnosno ljudskih prava danas kodifikovanih u dokumentima Ujedinjenih nacija i drugih međunarodnih organizacija i ratifikovanih od strane domaćeg pravnog poretka.

U tom procesu, sudija kao treća vlast (*troisième pouvoir*) u sistemu trojne podele valsti, poslednja je »odbrana« pravednog prava pred antinomijom »zakonskog neprava«. Držeći se principa legaliteta pozitivnog prava, sudija putem primene interpretiranog zakonskog teksta, postaje akter dosuđene pravičnosti kao univerzalne pravde i stožerne vrline čoveka i svih njegovih asocijacija. Njegova odluka mora da preživi vreme, ne samo ono u kome je donesena, već i svako drugo vreme, jer to je slika (možda i spomenik pravde) spornog odnosa koji je on rešio.

Pred dualitetom pozitivnog (često nepravednog) i prirodnog prava (pravednog po sebi) moguće je prići formulom triparticije: uzorno, supsidijarno i korektivno dejstvo prirodnog prava u odnosu na pozitivno pravo. Ova teorija triparticije bila je detaljno izložena na Devetoj sesiji Kopaoničke škole (1995), pa se danas na nju pozivam, bez potrebe da se ponovo upoznajemo sa njenom sadržinom.

U svakom slučaju, sudija se, u krugu svoje oficijelne vokacije, izjašnjava o našem životu, svekolikim slobodama i njenim granicama, o celini kodeksa naših prava. Na taj način sudije učestvuju u upravljanju pravdom. Veće dužnosti od te nema i otuda onih pet antičkih reči: ići sudiji znači ići pravdi.

Sudijska nezavisnost

Na osnovu ovoga, dopustite mi, da imenujem jednu istinu: sudijska nezavisnost je neminovna pretpostavka ustanove sudstva. Ona je, nasušni hleb, voda za piće i vazduh za disanje svakog suda Prava i Pravde koji se nalazi pod svodom vladavine prava i pravne države (Radbruh).

I zato, pitanje nezavisnosti sudije nije samo pravno pitanje. To je pitanje opšte kulture jedne zajednice. Ustanova nezavisnih sudova jedno je od najvećih kulturnih ostvarenja čoveka i njegove državne asocijacije. Na kojoj se visini nalazi sudstvo jedne zemlje, na tom stupnju je i kulturna vrednost te zemlje.

Izrečena konstatacija donosi dalji zaključak: nezavisnost sudije moguće je ostvariti samo u hipotezi vladavine prava i pravne države. Razume se, država ne stiće svojstvo pravne države, niti sudija stiće nezavisnost, samo na taj način što će se te reči upisati u neki zakon ili ustav. Ona to postaje kada ishodište prava ukazuje na činjenicu da je to pravo legitimno u svom izvoru i da je legalno u svojoj primeni.

Ako se, dakle, pođe od saopštenog zaključka, postavlja se pitanje: može li uopšte biti nezavisnosti sudije u idejnoj oskudici pozitivističke škole koja samo »riječi zakonske znade« bez razumnog saznanja njihovog smisla u postupku primene prava, i koja, rekao bih, sudiju pretvara u olovno slovo zakona ili računar (kompjuter), a to znači u savršenu mašinu bez duše i uma. Očigledno, da tu ne može biti reči o nezavisnosti sudije.

Zbog toga, širi i argumentovani odgovor na postavljeno pitanje, pretpostavlja tri dimenzije principa nezavisnosti sudije: 1. nezavisnost sudije u postupku primene prava; 2. statusna nezavisnost; 3. jemstva ili garancije nezavisnosti sudije.

Primena prava (ius i leges)

Nezavisnost sudije u postupku primene prava svodi se na pitanje pozitivizma ili univerzalizma prava. Još je antičko pravo, pa čak i varvarsko pravo, razlikovalo ius (pravo) od leges (zakona), pa se postavlja pitanje da li sudijska nezavisnost pretpostavlja primenu samo zakona koji je na pravnoj snazi u trenutku njegove primene i to u smislu samo slova takvog zakona, ili, sudija izriče pravdu, držeći se važećeg zakona ali i njegovog smisla i razuma, pa čak i više od toga, držeći se i drugih usvojenih pravila ponašanja koja dopunjuju zakonsku dogmatiku.

Odgovor na ovo pitanje u suštini određuje granice nezavisnosti sudije u postupku primene zakona i prava uopšte. Istovremeno, to je i centralno pitanje sudijske nezavisnosti.

Kada je sudija samo automatizovani primenjivač zakonske norme, pa čak i one, koja nepodnošljivo protivureći pravdi (koja bi se silom društvenog fakta morala povući pred pravdom), i kada se sudiji ne dozvoljava da putem interpretacije takvu zakonsku normu privede pravičnom rešenju – onda se princip nezavisnosti sudije u postupku primene prava pretvara u svoju suprotnost. Sudija tada postaje zavisn od normativne snage jedne dogme, suprotno opštem mišljenju i svom sudijskom uverenju.

Viša kultura zakonitosti ispoljena umnom koncepcijom prirodnog prava, kao i čitava civilizacija prava i pravosuđa, uči nas, opominje i ukazuje, da ovde sudijskoj nezavisnosti treba otvoriti šire prostore, jer pravo je fenomen dobrog i pravičnog, a nije, niti bi smeo biti, samozvani fakt nasilne volje jednih u odnosu na druge.

Zakon XII tablica sudijske nezavisnosti

Polazeći od ovoga, poštovane kolege Sudije, pokušaću da formulišem sudijsku nezavisnost u dvanaest tačaka, koju bi figurativno i asocijativno imenovao kao Zakon XII tablica sudijske nezavisnosti:

I. sudija je u izricanju pravde nezavisn od bilo koje vlasti, osim vlasti legitimnog zakona;

II. sudija donosi nepristrasne odluke u zakonom predviđenom postupku na osnovu procene činjenica i razumevanja zakona u smislu ostvarenja komutativne i distributivne pravde;

III. sudija primenjuje i norme o ljudskim pravima koje proizilaze iz potvrđenih i objavljenih međunarodnih ugovora i opšteprihvaćenih međunarodnih standarda koji su sastavni delovi unutrašnjeg pravnog poretka svake prosvetene zajednice;

IV. sudija je ličnost javnog poverenja;

V. sudijska dužnost je zasnovana na visokom stupnju pravničke i opšte kulture, pa sudiji mora biti dostupna mogućnost stalnog usavršavanja;

VI. sudija kao i drugi građanin, uživa opštu slobodu mišljenja, govora, izražavanja uverenja, profesionalnog udruživanja, okupljanja i kretanja, ali svagda tako da čuva dostojanstvo svog poziva i nepristrasnost i nezavisnost sudstva;

VII. vršenje sudijske dužnosti ne sme biti predmet nedostojnih uticaja, podsticanja, pritisaka, pretnji ili intervencija, direktnih ili indirektnih, od strane bilo koga i iz bilo kojih razloga;

VIII. svako je dužan da, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i morala, poštuje nezavisnost sudije i da se uzdrži od svakog akta nedostojnog uticaja. Svako lice koje svojim aktom nedostojnog uticaja ugrozi ili naruši nezavisnost sudije, kazniće se po zakonu;

IX. država garantuje nezavisnost sudije doslednom primenom ustavnog načela vladavine prava i načela podele vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku, po kome sudska vlast pripada sudovima;

X. sudija ne može biti pozvan na odgovornost za mišljenje ili za glas koji je dao u vršenju sudijske dužnosti. Imunitet sudije uređuje se zakonom;

XI. sudija ne može vršiti vansudske poslovne aktivnosti kojima se kompromituje njegova sudska nezavisnost ili dostojanstvo;

XII. sudija se mora izuzeti da postupa po određenom predmetu u slučaju da postoje takvi razlozi koji dovode u pitanje njegovu nepristrasnost, kao i kada može doći do sukoba interesa koji je nespojiv sa vršenjem sudijske funkcije i nezavisnosti sudije.

Ovaj »Zakon XII tablica sudijske nezavisnosti« odnosi se samo na položaj sudije koji on mora imati u postupku primene objektivnog prava na konkretne životne odnose.

Taj »zakon«, prema konceptu ove uvodne reči, dopunjava se i onim odredbama koje se odnose na nezavisnost statusa sudije (stalnost i nepokretnost), kao i na garantije te nezavisnosti (način izbora sudije, materijalni položaj sudije, ograničenja koja proizilaze iz prirode sudijske funkcije, način unapređenja sudije, kvalitet obrazloženja sudske odluke, unutrašnja radna organizacija suda, raspoređivanje predmeta, i sl.). O ovim pitanjima, biće reči u daljem izlaganju, ali zadržimo se još na pitanju sudijske nezavisnosti u postupku primene prava.

Izricanje pravde

U sledstvu predloženih dvanaest tačaka sudijske nezavisnosti u postupku primene prava, postavlja se pitanje: da li ustavna ili zakonska odredba treba da glasi, da je sudija u izricanju pravde nezavisan i da sudi po zakonu, ili, ta odredba treba da eliminiše »izricanje pravde« i da sudsku nezavisnost svede samo na reči da sudija sudi na osnovu zakona.

Istorijska i komparativna analiza nam pokazuje da je sudijska nezavisnost često podignuta na stepen ustavnog načela.

Međutim, to načelo je izraženo ili monizmom pozitivističke škole (sudovi sude na osnovu zakona) ili sintagmom šire jurističke koncepcije (sudovi su u izricanju pravde nezavisni i sude po zakonu).

U našoj pravnoj i ustavno-pravnoj tradiciji, počev od hatišerifске Srbije i posleturskog perioda prošloga veka (i ranije od Dušanovog zakonika iz XIV veka), smenjivale su se obe koncepcije, s tim što je prisustvo šire koncepcije karakteristično za ustave naše prošlosti prošlog i ovog veka, sve do perioda Drugog svetskog rata.

Tako, prva dva ustava još turskog perioda u Srbiji (1835. i 1838) su nagoveštavala tu širu koncepciju rečima da »sudija ne zavisi u izricanju svoje presude ni ot koga u Srbiji, do od zakonika Srbskog i da nikakva, ni veća ni manja, vlast u Srbiji ne ima pravo, otvratiti ga od toga, ili zapovediti mu, da drukčije sudi, nego što mu zakoni predpisuju« (Sretenjski ustav iz 1835).

Međutim, potpuniju i moderniju ustavnu regulativu koja se odnosi na sudove i njihovu nezavisnost, Srbija dobija Ustavom od 1869 (»Namesnički ustav«) koji izrično proklamuje sintagmu o izricanju pravde od strane sudije i to rečima »pri izricanju pravde sudovi su nezavisni i ne stoje ni pod kakvom vlašću osim zakona«. S tim u vezi je i načelo podele vlasti koje predviđa da nikakva državna vlast, ni zakonodavna ni upravna, ne može vršiti sudske poslove, niti opet sudovi mogu vršiti zakonodavnu ili upravnu vlast.

Ove odredbe su bile preuzete i dalje konkretizovane od strane Ustava za Kraljevinu Srbiju od 1888. godine (za koji se smatra da je bio među najnaprednijim), kao i docnijih ustava iste države (1901. i 1903). To isto čini i Ustav Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca iz 1921. (»Vidovdanski ustav«), kao i Ustav Kraljevine Jugoslavije (1931) koji

ponavlja već tradicionalnu sintagmu da sudovi u izricanju pravde nisu potčinjeni nikakvoj vlasti, već da sude po zakonu.

Posle ovoga Ustava nije bilo drugog u predratnoj Jugoslaviji, sve do 1946. godine, kada je donesen Ustav Federativne Narodne Republike Jugoslavije koji je došao kao izraz izvršene revolucije i koji je antipod ranijem državnom uređenju koje je bilo ustanovljeno već pomenutim ustavima Srbije i kasnije Jugoslavije. Međutim, i pored radikalnih promena u pogledu osnovnih pitanja ustavnog uređenja, Ustav iz 1946. godine, u materiji nezavisnosti sudstva, zadržao je formulu ranijih ustava kojom je bila izražena simbioza pravde i zakona.

Razume se, na ovom mestu i ovom prilikom nemamo nameru da pratimo i analiziramo pitanje ostvarenja ove ustavne odredbe, što je druga tema, prevashodno značajna za pitanje raskoraka pravne norme u odnosu na životni fakt. Ovde smo hteli samo da ukažemo na činjenicu da je i ovaj ustav, bar po njegovim rečima, predviđao nezavisnost suda i to u sintagmi pravde i zakona.

Međutim, pravda kao element sudijske nezavisnosti gubi se iz ustavnog teksta 1963. godine, kada je bilo predviđeno da su sudovi u vršenju sudske funkcije nezavisni i da sude na osnovu ustava i zakona.

Kao što se vidi, posle sto godina ustavne tradicije u ovoj materiji, od ovoga Ustava (1963), pa sve do danas, više se nigde u ustavnim tekstovima ne pominje pravda kao element sudijske nezavisnosti u postupku primene prava. Tako, Ustav iz 1974. godine, sudsku funkciju vidi u jedinstvenom sistemu vlasti i samoupravljanja radničke klase, a sudovi su u vršenju sudske funkcije nezavisni i sude na osnovu ustava, zakona i samoupravnih opštih akata.

Važeći Ustav Republike Srbije (1990) i pored toga što je predvideo načelo podele vlasti, prihvatio je u ovoj materiji formulu Ustava iz 1974. godine, s tim što je samo eliminisao reč »samoupravni« tako da njegova proklamacija danas glasi: sudovi su samostalni i nezavisni u svom radu i sude na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata. Kao što se vidi, nema ni pomena o tome da su sudovi u izricanju pravde nezavisni i da sude po zakonu, kako je to bilo u stogodišnjoj tradiciji našeg ustavnog uređenja. Pri tome, treba pomenuti i odredbu važećeg Ustava Savezne Republike Jugoslavije (1992) prema kojoj je »sudska vlast vezana zakonom«, bez detaljnijeg regulisanja ovog značajnog pitanja.

Između zakona i pravde

Bez obzira da li ustavna rešenja, kao element sudijske nezavisnosti, uzimaju samo zakon ili mu dodaju još i pravdu, očigledno je da se pitanje svodi na pozitivizam ili univerzalizam prava. Pozitivizam kao jednogodišni deo celine prava, tog fenomena dobrog i pravičnog, već po samoj prirodi stvari, nije u stanju da obuhvati potpun spektar životnog fakta koji se mora naći na horizontu prava, na kome zakon zauzima važno, ali samo jedno mesto.

Ako se, pri tome, ima u vidu i činjenica, da zakon, kao formalizovani normativni deo prava, često donosi i nepravična rešenja, podnošljivo ili nepodnošljivo nepravedna, onda se sudijska nezavisnost u postupku primene prava, interpolira između zakona i pravde kao univerzalne vrline prirodnog prava. Kao što je već rečeno, taj odnos, uz očuvanje principa legaliteta, može se rešiti odgovarajućom interpretacijom zakona u smislu ovde izložene i obrazložene teorije triparticije.

Prema njoj, pozitivno pravo u odnosu na prirodno pravo, može biti u trojakom odnosu: uzornom, supsidijarnom i korektivnom. Mnoga rešenja pozitivnog prava zasnovana su na načelima prirodnog prava, tako da ona istovremeno čine i elemente pozitivnog prava koji su sjedinjeni u konkretnoj normi (uzorni odnos). Takva norma ima svoj život i primenjuje se kao i svaka druga norma, što je za sud najprostija situacija.

Međutim, u slučaju pravnih praznina kada nema mogućnosti za analogiju, sudija neposredno primenjuje pravdu i pravicu, tako da prirodno pravo postaje neposredni izvor presuđenja (supsidijarni odnos).

Kada sam zakonodavac upućuje sudiju na primenu izvesnih metapравниh kriterijuma (pravičnost, dobri običaji, pravična naknada, i sl.) ili kada sud primenjuje jedno zakonsko rešenje, ali uz asistenciju različitih metoda tumačenja (korektivni odnos), tada sudijska nezavisnost dolazi do punog izraza, naročito u slučaju interpretacije nepodnošljivo nepravednih zakonskih rešenja, o čemu je već bilo reči.

U toj hipotezi, široko polje kodifikovanih ljudskih prava, pruža sudijskoj nezavisnosti veliku mogućnost da putem interpretacije zakona dođe do nesporno legitimnog zdanja ljudskih prava.

Sudijski status

Sudijska nezavisnost se izražava i atributima sudijskog statusa. S obzirom da se već više vekova sudijska funkcija obavlja u vidu stalnosti sudijske profesije, zakonodavstvo i pravna teorija utvrdili su izvesne osobenosti sudijskog statusa. Ovaj status nosi sobom izvesna svojstva koja nisu karakteristična za oblast upravne vlasti. To znači da se statusna nezavisnost sudije može posmatrati i sa stanovišta načela trojne podele vlasti.

Polazeći od tradicije prava i pozitivno-pravnih rešenja u ovoj oblasti, naročito se ističu dva svojstva sudijskog statusa: stalnost sudijske funkcije (inamovibilitet) i nepokretnost sudijske dužnosti.

Stalnost sudijske funkcije podrazumeva pravilo po kome sudija ne može biti lišen svoga zvanja i položaja, ničijom voljom ili samovoljom, osim svojevoljno, kao i iz zakonom utvrđenih razloga prestanka sudijske funkcije. Nepokretnost sudijske dužnosti, kao drugi atribut sudijskog statusa, znači da sudija ne može biti premešten u drugi sud protiv svoje volje.

U pravnoj teoriji, postavilo se pitanje kvalifikacije i pravne prirode ova dva svojstva sudijskog statusa. Po jednom mišljenju, ova svojstva se identifikuju sa principom sudijske nezavisnosti, a po drugom, ona su samo garantija te nezavisnosti.

Čini se, da stalnost i nepokretnost sudijske funkcije nisu neposredna obeležja principa sudijske nezavisnosti u njegovom pojmovnom smislu. Ona izražavaju statusnu nezavisnost sudije u obavljanju i sprovođenju njegove nezavisnosti u postupku primene prava. Razume se, da u jednoj široj kumulaciji i ona ulaze u opšti pojam sudijske nezavisnosti.

S druge strane, statusnu nezavisnost treba razlikovati od čitavog niza mera kojima se garantuje (jemči) opšta, pa i statusna nezavisnost. Te garantije su brojne, počev od načina izbora sudije i njegovog materijalnog položaja, pa preko niza drugih mera (imunitet, izuzeće, unapređenje, edukacija, kvalitet obrazloženja presude, unutrašnja organizacija rada u sudu, raspoređivanje predmeta, politička pripadnost), sve do održavanja visokog standarda ukupnog ponašanja i potrebne intelektualne mirnoće i ravnoteže duha kao izraza opšte kulture.

Garantije sudijske nezavisnosti

Pored sudijske nezavisnosti u postupku primene prava, kao i njegove statusne nezavisnosti, postoji veći broj garantija te nezavisnosti koje imaju za cilj da obezbede stvarnu i delotvornu primenu sudijske nezavisnosti u praktičnom životu. Sve zajedno, one čine element opšte slike sudijske nezavisnosti.

Način izbora sudija

Jedna od prvih garantija te nezavisnosti, jeste način izbora sudija. Uzimajući u obzir komparativna rešenja, moglo bi se reći da postoje tri osnovna načina izbora sudija. Prema prvom, sudije se imenuju od strane upravne vlasti i to sa liste kandidata koji su predloženi od strane sudskih kolegijuma, ili sa liste sačinjene od same upravne vlasti. Ovaj način imenovanja sudija često je kritikovan sa razloga moguće neobjektivnosti, jer se uprava ne rukovodi uvek sveobuhvatnim ciljevima sudstva, već jednostranom i diskrecionom ocenom koja leži u samoj prirodi upravne vlasti. Prema drugom načinu, sudije se biraju na opštim izborima, dakle, od najšireg izbornog tela (jedan broj država u SAD). Taj način obezbeđuje široku primenu demokratskog principa (uz napomenu da postoji i pojam tiranije većine), ali ovako široka javnost očigledno ne može imati potrebne podatke za odgovarajuću procenu, niti ima potrebnu stručnost. Pored toga, na ovaj način sudije se biraju na kratak rok, te princip stalnosti ovde ne može biti primenjen u svom pojmovnom smislu. Prema trećem načinu, izbor sudija se vrši od strane samih sudijskih tela, slično univerzitetским profesorima sa izvesnim modifikacijama.

Prema važećem sistemu izbora sudija u Srbiji, Narodna skupština bira i razrešava sudije i predsednike sudova. Predlog za izbor i predlog za razrešenje podnosi nadležno telo Narodne skupštine. Ministar pravde pribavlja mišljenje o stručnim, radnim i drugim uslovima za vršenje sudijske funkcije za sve kandidate koji su se prijavili na javni oglas o slobodnim mestima, i to od kolegijuma suda, organa ili organizacije u kojima su kandidati obavljali poslove pravne struke. Ovo mišljenje, zajedno sa svojim mišljenjem, ministar pravde dostavlja nadležnom telu Narodne skupštine, i ovo telo podnosi odgovaraju-

či predlog Narodnoj skupštini koja vrši izbor. Kao što se vidi, ovaj sistem, uz značajne modifikacije, ipak ima neke sličnosti sa sistemom opštih izbora, jer sastav Skupštine se bira na opštim izborima, gde poslanici predstavljaju svoje birače.

Iz rečenog proizilazi, da nam komparativni pregled ukazuje na postojanje različitih sistema izbora sudija. Svaki od njih ima relativnu vrednost, bez obzira da li je u pitanju čist sistem imenovanja ili kombinovani i sa drugim elementima. Kada neki od ovih sistema ne bi imao čak ni relativnu vrednost, očigledno ne bi bio nigde prihvaćen. S toga, ne može biti nijedan sistem unapred kvalifikovan kao dobar ili loš. Najbolji je onaj koji sobom nosi garantiju od »neopravdanog imenovanja ili izbora«. Drugim rečima, najbolji je onaj koji garantuje nezavisnost i stručnost sudije u najvećoj meri.

Ako zadržimo pažnju na sistem izbora od strane samih sudskih kolegijuma, možda bi se moglo reći da on zaslužuje da bude preporučen, po analogiji izbora univerzitetskih profesora, ali sa modifikacijom da tako izvršen izbor bude potvrđen od nadležnog organa uprave. Izbor bi se vršio na osnovu pisanog referata za svakog kandidata na prijavljenom konkursu koji bi bio sačinjen od strane posebne komisije stručnjaka iz reda sudija, istaknutih pravnika iz prakse i teorije. Referat bi bio izložen javnosti 30 dana sa ciljem da se eventualno stave primedbe na učinjeni predlog, i posle toga bi se pristupilo glasanju od strane sudijskog kolegijuma na uobičajen način. Sudski izborni kolegijum mogao bi biti kolegijum vrhovnog suda ili, možda, kolegijum suda u kome se kandidat bira. Prema ovome, prve sudije bi se morale postaviti od koje druge vlasti (matična komisija). Pošto se izbor izvrši, izabrani kandidat bi stekao zvanje sudije, ali akt njegovog postavljenja mogao bi biti prepušten visokom organu upravne vlasti (npr. ministru pravde). Ovo s toga, što sudska vlast mora biti izraz svih aspekata društva. Ukoliko izostane akt o postavljenju, status izabranog sudije nalazi se u stanju mirovanja.

Ovakav sistem izbora sudija kod nas danas nije moguć bez promene Ustava, jer, kao što smo već istakli, Ustav predviđa da sudije bira Narodna skupština. Ostaje, dakle, da se ovaj sistem danas raspravlja samo sa aspekta *de lege ferenda*. Zato je sa stanovišta *de lege lata* realnije razmišljati o promeni zakonskog, a ne ustavnog rešenja i to u sledećem pravcu: izbor vrši Narodna skupština, kako je to i sada, ali sa bitnom zakonskom izmenom u pogledu postupka i nadležnog orga-

na koji čini predlog za izbor sudije. Taj organ koji bi se mogao zvati Sudsko veće, činili bi 11 članova od kojih su pet iz reda poznatih i priznatih pravnika različitih oblasti, a šest iz redova sudija. Pre učinjenog predloga Sudsko veće bi pripremlilo referat za svakog kandidata, i taj referat bi bio javno saopšten sa mogućnošću da se u roku od trideset dana stave eventualne primedbe od najšire pravničke i druge javnosti.

Na taj način, ovakav izbor sudija u velikoj meri bio bi oslobođen primedbi koje se čine sistemu upravnog naimenovanja u njegovom izvornom ili modifikovanom smislu, o čemu je već bilo reči.

Ostaje da se još jednom konstatuje: svaki sistem izbora sudija, a posebno ovde predloženi, vredeće onoliko, koliko doprinese da nam načelo sudijske nezavisnosti postane (ili ostane) nezamenljivi deo naše pravničke i opšte kulture.

Materijalni položaj sudije

Pored načina izbora sudija, kao druga garantija sudijske nezavisnosti, javlja se odgovarajući materijalni položaj sudije, tj. visina sudijske plate. Ova garantija se ubraja u prvorazredna obezbeđenja sudijske nezavisnosti. Odgovarajući materijalni položaj sudije u velikoj meri može biti brana nedostojnim uticajima koji se mogu vršiti na ličnost sudije i njegov profesionalni i moralni integritet.

Što se tiče konkretne visine sudijske plate, posebno sa gledišta uporednog prava, tu se mogu postaviti samo načelni kriterijumi (jasni i kategorični), jer visina sudijske plate mora pratiti opšte standarde odgovarajuće državne zajednice.

U svakom slučaju, država garantuje odgovarajući materijalni položaj sudije u visini koja je ravna težini i dostojanstvu sudijske funkcije. Ako se pođe od opšteg međunarodnog standarda o pravednoj i zadovoljavajućoj naknadi kao ekvivalenta za uloženi rad, onda bi, kod pitanja visine sudijske plate trebalo, na taj opšti standard primeniti i posebni međunarodni standard koji važi samo za sudije, a koji glasi: plate i penzije sudija moraju biti adekvatne, srazmerne statusu, dostojanstvu i odgovornosti njihove funkcije i moraju biti periodično revidirane u cilju otklanjanja ili ublaženja efekata inflacije.

Primenjen na konkretne uslove odgovarajuće zemlje, ovaj standard, i pored relativnosti nominalnih iznosa, trebalo bi zakonom vezati za odgovarajući stalni parametar koji izražava opšte materijalno stanje i mogućnosti određene zajednice. Tako bi visina sudijske plate bila odredljiva u svakom momentu i prilagođena, s jedne strane, opštim materijalnim mogućnostima zajednice, a s druge strane, srazmerno primerena dostojanstvu i težini sudijske funkcije, što predstavlja visok međunarodni standard.

Vansudske aktivnosti sudije

Kao sledeća garantija sudijske nezavisnosti javljaju se izvesna ograničenja koja proizilaze iz prirode sudijske funkcije. Reč je o izvesnim vansudskim aktivnostima, javnim ili privatnim, koje su u određenom smislu nespojive (inkompatibilne) sa sudijskom funkcijom.

Kada je reč o vansudskim javnim aktivnostima koji se odnose na izražavanje uverenja, udruživanja, članstva u određenim asocijacijama, učestvovanja u političkom životu i sl., treba reći da sudije uživaju ova prava kao i drugi građani, ali sa jednim kategoričnim ograničenjem: moraju se uvek ponašati tako da čuvaju dostojanstvo svog poziva i nepristrasnost i nezavisnost sudstva. Sudije ne mogu vršiti vansudske aktivnosti kojima se kompromituje njihova sudska nezavisnost. Prema tome, ovde nije potrebno, pa ni moguće, ići kazuistikom zabranjenih akata vansudske aktivnosti, već uopštenom formulom koja je prilagodljiva svakoj konkretnoj situaciji.

To sve navodi na nedvosmislen zaključak: sudija u svom ukupnom životu mora ispunjavati visoke standarde ponašanja kojima se izražava identitet i integritet sudijske nezavisnosti. On mora posedovati stabilnu intelektualnu i stručnu ravnotežu kao izraz opšte i profesionalne kulture.

Kada je, dakle, reč o javnim vansudskim aktivnostima, a posebno političkim, treba reći da se i ovde (i naročito ovde) primenjuje princip ograničene slobode političkog delovanja, i to ne formalnom zabranom članstva u političkim partijama, već suštinskim ograničenjem kojim se uvek iskazuje očuvanje nezavisnosti i nepristrasnosti sudijske funkcije, njenog dostojanstva i opšteg autoriteta koji treba da

uživa u društvu. Konkretno, to znači da će sudija kao član ili pristalica neke vansudske asocijacije, svojim aktima javnog delovanja (medijska i druga sredstva javne komunikacije) uvek biti na pozicijama Prava i Pravde, na polju kulture zakonitosti i humanosti pravednog prava, izbegavajući (ili čak ignorišući) političke izjave »dnevne« prolaznosti.

Suštinski, isti princip važi i kada su u pitanju »privatni« akti vansudske aktivnosti. Sudije se moraju uzdržavati od vršenja bilo kakve poslovne aktivnosti preduzetništva ili službe koja bi mogla narušiti ili dovesti u sumnju visoke principe sudijske vokacije i njene nezavisnosti. Lične investicije i posedovanje imovine, bez sumnje, ne ulaze u nedozvoljene poslovne aktivnosti. Ali, pružanje pravne pomoći izvan okvira sudijske funkcije ili davanje pravnog saveta uz naknadu, bio bi primer nedozvoljene sudijske privatne aktivnosti. Naprotiv, primer dozvoljene i poželjne aktivnosti predstavlja objavljivanje stručnih i naučnih radova uz ogradu profesionalne tajne kojom se sprečava narušavanje privatnosti stranaka.

Sudijski imunitet

Sledeću garantiju sudijske nezavisnosti predstavlja sudijski imunitet koji u zakonskim okvirima obezbeđuje polje slobodnog sudijskog delovanja. Taj imunitet, pre svega, podrazumeva princip po kome je sudija slobodan da iznese svoje mišljenje o svim pokrenutim pitanjima o kojima odlučuje i da to mišljenje slobodno brani u slučaju većanja i glasanja kada se sudi u veću. S druge strane, ovaj imunitet znači da sudija u određenoj meri mora biti zaštićen u eventualnom krivičnom postupku koji se protiv njega vodi radi dela učinjenog u vršenju sudijske dužnosti, na taj način što ne može biti pritvoren bez odobrenja nadležnog organa. S obzirom da je naš sistem izbora i razrešenja sudija poveren Narodnoj skupštini, logično je rešenje po kome je ona nadležna da daje ili uskraćuje pomenuto odobrenje. Nadalje, kada je reč o naknadi štete koju sudija pričinu nezakonitim i nepravilnim radom u vršenju sudijske funkcije, sudijski imunitet ovde podrazumeva pravilo, po kome, za takvu štetu oštećenim licima odgovara država, s tim što država ima pravo da od sudije traži naknadu isplaćenog iznosa, samo ako je on štetu prouzrokovao namerno ili krajnjom nepažnjom.

Način unapređenja

Garanciju sudijske nezavisnosti predstavlja i način unapređenja sudija, kao i njihova stalna edukacija i usavršavanje, jer pravničko i opšte obrazovanje doprinosi sudijskoj nezavisnosti.

S obzirom na autoritet i ingerenciju suda višeg stepena, unapređenje sudija mora se zasnivati na objektivnim pokazateljima, a naročito na njihovoj profesionalnoj stručnosti, poštenju, iskustvu, humanosti i privrženosti ideji zakonitosti. Unapređenje, dakle, treba da bude slika konkretne i objektivne procene integriteta sudijske nezavisnosti, što znači da se ne sme vršiti iz neadekvatnih pobuda. Ta procena, bar kada je reč o licu odnosno organu koji je donosi, u velikoj meri zavisi od načina izbora sudija, o čemu je već bilo reči. U svakom slučaju, unapređenje sudija prema objektivnim kriterijumima treba da obezbedi jasnu perspektivu u karijeri, ne samo sa stanovišta individualiteta, već i sa stanovišta opšte potrebe da se na sudijskoj funkciji zadrže sposobne sudije sa najvišim moralnim i stručnim integritetom.

Trajno usavršavanje

S toga, sudije će u svom radnom veku, permanentno nastaviti da obogaćuju svoja znanja putem različitih načina kao što su: dodatni stepeni proučavanja prava formalizovani u obliku studija ili inovacije već stečenog znanja, specijalistički kursevi, i sl.; a zatim, aktivno praćenje pravničkih publikacija u zemlji i inostranstvu, učestvovanje na savetovanjima, seminarima, stručnim konsultacijama, studijske posete evropskim i drugim stranim sudovima i organima vlasti; upoznavanje sa međunarodnim konvencijama i drugim izvorima kojima se utvrđuju norme o ljudskim pravima i drugim sličnim skupovima; saradnja sa naučnim ustanovama, naročito pravnim fakultetima i institutima koji se bave proučavanjem prava sa komparativnog aspekta, kao i sa odgovarajućim ustanovama iz široke oblasti društvenih nauka. To će omogućiti da se izvesne sudije jave i kao nezaobilazni autori u stručnoj i naučnoj literaturi, što značajno doprinosi autoritetu suda i širenju principa sudijske nezavisnosti.

Obrazloženje sudske odluke

S tim u vezi je i sledeća garantija sudijske nezavisnosti koja se iskazuje dobro fundiranim i sveobuhvatnim obrazloženjem sudske odluke. Obrazloženje sudske odluke mora biti precizno i jasno, argumentovano sa gledišta pozitivnog prava, a naročito sa gledišta interpretacije ovoga prava u smislu pravednog presuđenja, kao i supsidijarne primene »pravde i pravice«.

Kod važnijih pravnih pitanja, naročito onih kod kojih se menja ili modifikuje postojeća sudska praksa, obrazloženje odluke mora svojom ubedljivošću da ostavi trag, ne samo u sudskoj praksi, već i u pravnoj teoriji. Drugim rečima, takvo obrazloženje mora da preživi svoje vreme, i da bude citirano od kasnijih generacija.

To podrazumeva i javno objavljivanje sudskih odluka, pre svega, putem raznih zbirki i zbornika sudske prakse, kako bi stanovišta obrazloženja bila dostupna najširoj javnosti. U tim zbornicima, za razliku od sadašnjeg stanja, objavljene sudske odluke treba da nose i ime njihovog autora, jer se i na taj način širi i postiže veći stepen sudijske nezavisnosti.

Uslovi rada

Da bi se postigli željeni efekti sudijske nezavisnosti, potrebno je obezbediti i odgovarajuće uslove za obavljanje sudijske funkcije, što, takođe, notiramo kao jednu od garantija sudijske nezavisnosti. Tu ne mislimo samo na elementarne potrebe za rad (sudski budžet koji omogućava savremenu opremu i prostor za rad), već i na unutrašnju radnu organizaciju suda, ulogu sudske administracije, ovlašćenja predsednika suda, način raspoređivanja predmeta, sve do sigurnosti i fizičke zaštite sudija kako ne bi bili žrtve ozbiljnih pretnji.

Kada je reč o odgovarajućim uslovima koji omogućuju efikasan rad sudije, treba, pre svega, reći, da je neophodno u jednom sudu obezbediti dovoljan broj sudija, kako ne bi došlo do preteranog nagomilavanja predmeta i stvaranja utiska o neophodnosti hitnog rešavanja da bi se postigla ili prebacila postavljena norma. Ako ostavimo po strani tzv. lake predmete koji se obavljaju automatizmom prakse i pro-

fesionalnim iskustvom sudećeg sudije, sigurno je, da se sudija mora pripremiti za svaki predmet, kako bi održao kvalitet suđenja i potrebu da se postupak vodi bez nepotrebnog odlaganja. Pisanje obrazloženja odluke, kao što smo videli, mora biti na zavidnom stepenu jurističke struke, što sve zahteva, ne samo utvrđenje, već i kvalifikaciju pravnih činjenica i njihovo povezivanje sa osnovom presuđenja.

Priroda ove vokacije pretpostavlja, dakle, takvu atmosferu nezavisnosti, u kojoj sudija ne sme da donosi svoje odluke u trenutku srdžbe ili afekcije izazvane opštom ili pojedinačnom situacijom, jer se to može odraziti na kvalitet njegove odluke. S toga, efikasnost suđenja ili brzina u suđenju zahtevana od strane bilo koga, pa i uprave samog suda, ne sme nikada biti na štetu kvaliteta suđenja, presuđenja i obrazloženja donete odluke.

Najzad, kada je reč o odgovarajućim uslovima za rad sudije, kao jednoj od brojnih garantija sudijske nezavisnosti, treba pomenuti i obavezu organa izvršne vlasti da obezbede sigurnost i fizičku zaštitu sudija i njihovih porodica.

Raspodela predmeta

Što se tiče raspoređivanja predmeta u rad pojedinim sudijama, treba reći, da se i ovde moraju primeniti kriterijumi koji objektiviziraju ovaj akt tako da on ne izazove osnovanu sumnju u nezavisnost i nepristrasnost suđenja. To je posledica opšteg stava da se pravosudna uprava ne sme mešati u rad sudije u smislu posrednog ili neposrednog uticaja na donošenju odgovarajuće odluke – tzv. *kabinetska justicija*.

U tom smislu, predsednik suda može vršiti nadzor nad sudijama samo u pogledu poslova administrativne prirode. Prema međunarodnim standardima u ovoj oblasti, raspodela predmeta sudijama u okviru suda, predstavlja interno pitanje organizacije tog suda koje se rešava u skladu sa zakonom ili Sudskim poslovníkom. Postoje različiti načini raspoređivanja predmeta po sistemu »automatske distribucije« (azbučni red po imenima sudija ili sličan objektivizirani način) ili raspoređivanje od strane predsednika suda.

Pravo na prirodnog sudiju

Bitno je, da raspoređivanje predmeta ne sme biti u korist jedne strane niti vršeno pod bilo čijim uticajem, jer svako ima pravo da se njegov slučaj praktično i javno raspravi u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom (pravo na prirodnog sudiju) koji je obrazovan na osnovu zakona, bilo u pogledu njegovih građanskih prava i obaveza bilo u pogledu krivične optužbe upravljene protiv njega. Ako je već predmet raspoređen kod određenog sudije da ovaj postupa po njemu, onda, prema međunarodnim standardima, predmet bi naknadno mogao biti ustupljen drugom sudiji samo u slučaju ozbiljne bolesti ili sukoba interesa. Pri tome, smatra se da bi razlozi i procedura preraspodele predmeta (oduzimanje predmeta od sudije kome je već dodeljen) trebalo predvideti zakonom, kako taj akt ne bi bio pod uticajem administracije.

Sve ovo podrazumeva dužnost i pravo sudije kome je predmet dodeljen da se izuzme od postupanja i odlučivanja u slučaju zakonom predviđenih razloga, dakle, u onim slučajevima kada njegova objektivnost i nepristrasnost može biti dovedena u pitanje.

Bliski srodnici

Princip sudijske nezavisnosti i nepristrasnosti treba da bude zaštićen i pravilom po kome ne mogu biti sudije u isto vreme u jednom sudu, niti zajedno suditi, bliski srodnici čiji krug treba zakonom da bude određen. Prema nekom prosečnom osećanju javnog mnjenja ovo pravilo otklanja unapred postavljenu pretpostavku (doduše, oborivu) o pristrasnosti sudije u slučaju kruga »sumnjive porodice«, pa s toga, nema razloga da to pravilo ne bude poštovano i zakonom konkretizovano, bez obzira na postojanje ustanove izuzeća sudije.

Prekomerna ovlašćenja upravne vlasti

Autoritet sudske vlasti i sudijska nezavisnost treba da budu garantovani i pravilom da se ovlašćenja upravne vlasti u pogledu mo-

gućnosti da se njenim aktima unapred ili retroaktivno poništavaju dejstva sudskih odluka (abolucija, amnestija, pomilovanje) koriste samo u onoj meri u kojoj se grubo ne narušava autoritet (pa čak i dostojanstvo) suda i princip sudijske nezavisnosti. Razume se, ovo pitanje se zakonom uređuje (nadležnost, razlozi, uslovi i postupak donošenja ovih akata), ali mu treba odrediti mesto i domašaj, ne samo sa stanovišta načela podele vlasti, već i sa stanovišta očuvanja ugleda suda i sudijske nezavisnosti. Jer, ako upravna vlast u ovom pogledu pređe podnošljive granice, onda ona ruši dostojanstvo suda i nezavisnost sudije.

Zaboravljena slika celine

Princip sudijske nezavisnosti, kao što se vidi, ovde je izložen kroz »tri dimenzije« njegovog teorijskog i praktičnog aspekta: nezavisnost u postupku primene prava, statusna nezavisnost i garantije sudijske nezavisnosti.

Na ovaj način, čini se, uspostavljena je jedna zaboravljena slika celine i to one, prema kojoj se ceni stupanj opšte kulture, kao i kulture zakonitosti određene državne zajednice.

To znači, da bi sudija mogao da izriče pravdu nezavisno od bilo koje vlasti osim vlasti legitimnog zakona, on mora poznavati sadržinu i opseg racionalne koncepcije prirodnog prava i primenjivati je u smislu predložene teorije triparticije koja određuje odnos između pozitivnog i prirodnog prava kao vladavine komutativne i distributivne pravde.

I po tome: bez prirodnog prava nema ni sudijske nezavisnosti.

Budućnost naše Škole

A sada, nekoliko misli o budućnosti naše Škole. Izašla iz ranog detinjstva, preživela sve pokušaje deteubistva, naša Škola je danas stasala, i po prirodnom pravu, u sledećoj deceniji, čeka je snaga, polet i bogatstvo mladosti, ali one mladosti koja čvrsto stoji na umnosti prošlosti.

U taj život budućnosti, Ona unosi svoj spis i opus, svoju biblioteku od trideset tomova sa desetinama hiljada stranica okupljenih u Heksagonu kao univerzalnom stožeru ljudskih prava. To joj ne može niko i nikad oduzeti. Jer, pisana reč ima svoje zakone koji nadživljuju decenije i vekove, i na koje mi više ne možemo uticati.

I zbog toga, sa ove govornice, ja neću više govoriti niti se obazirati (kao što znate, nisam se ni do sada mnogo obazirao), na bilo koje individualne ili organizovane napore da se život ove Škole ugrozi. Jer, ti napori, nenaučni i metapравни, sami sebe su osudili na sudbinu praznih reči jedne destruktivne čulnosti.

Ponavljjam, na takvu čulnost, tačnije, na svo zlo koje otuda dolazi ova Škola odgovara lepotom dobrog, odgovara otvorenim vratima za svaku argumentovanu misao naučnu i stručnu. Ona se ne može zaobići, jer na visokoj Gori stoji.

I kao što Pančićev vrh odoleva vetrovima sa obe strane, leve ili desne ili možda neke pomešane strane, tako i ova Škola stoji pod svojom naučne stalnosti i istrajnosti, i odoleva svim bodljama političke prolaznosti.

U ovoj Školi svi smo jednaki u dostojanstvu i pravima, svi smo prvi među jednakim, bez obzira na rođenje ili ubeđenje (političko, nacionalno, rasno ili klasno), svi smo, dakle, *sui iuris*, a niko u ovoj Školi nije, niti po prirodi njenog učenja može biti, lice *alieni iuris*, kako je to negda bilo, i kako to i danas jeste svuda gde je čulnost nadvladala umnost.

Ona dolazi da postavi i učvrsti veru u Pravo i Pravdu kao univerzalnu vrlinu čoveka. U tom smislu, naučno i stručno delo ove Škole, nastoji da argumentom ljudskog razuma smanji postojeći raspon između proklamovanih i kodifikovanih ljudskih prava i njihovog ostvarenja. U protivnom, kodifikovani venac ljudskih prava ostaće samo kao lepa, ali neostvorena želja našeg vremena.

Misaoni sistem čoveka to ne sme dozvoliti. Evolucija tog sistema, od Aristotela i pre njega, do Kanta i posle njega, sve do današnjih ljudskih prava okupljenih u Dokumentima međunarodnih organizacija, stoji kao zaloga savremene umnosti čoveka i svih njegovih asocijacija.

I upravo po kriterijumu akcepta i stepena ostvarenja ljudskih prava, veliki deo sveta danas se nalazi u stanju »dužničke docnje« prema izvoru i životnom toku ovih prava. Oni sistemi koji su se u tolerantnoj meri oslobodili te docnje (purgatio morae), koji su, dakle, približili legalitet ljudskih prava njegovom izvornom legitimitetu, nose epitet prava više kulture. Oni drugi, ili treći, koji to nisu učinili, stanovnici su predvorja pravne države.

Samo ukupne determinante o kojima sam na početku ove uvodne reči govorio, mogu ih pokrenuti iz letargije pozitivizma kao izraza samovolje jednih u odnosu na druge.

Jer, kao što smrt zatvara život, tako i pozitivizam zatvara raskoš prava i celinu pravde. On to čini olovnim slovima onog zakona čiji je život u odnosu na prirodno pravo, određen trenutkom mesečevog sjaja.

A prirodno pravo je večno, jer ga je priroda dala svim ljudima – *ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit.*

Neka naša Škola i dalje nosi filozofiju ovih drevnih reči. Neka i dalje nosi *onus* pravde, jer ona je *Universitas iuris naturalis Copaonici.*

